

Tilburg University

In alle talen zwijgen

Schiebroek, M.J.; de Waard, B.W.N.

Published in:
Jurisprudentie bestuursrecht plus

Publication date:
2011

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Schiebroek, M. J., & de Waard, B. W. N. (2011). In alle talen zwijgen: De Lex silencio positivo. *Jurisprudentie bestuursrecht plus*, 13(2), 94-112.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

In alle talen zwijgen: de Lex silencio positivo

Mr. M.J. Schiebroek en prof. B.W.N. de Waard¹

Trefwoorden: *Lex silencio positivo*, positieve fictieve beschikking, Dienstenrichtlijn, Dienstenwet.

Anderhalf jaar geleden werd de *Lex silencio positivo*, ook wel de positieve fictieve beschikking genoemd, opgenomen in de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Aanleiding hiervoor waren de implementatie van de Europese Dienstenrichtlijn en de ambitie van het kabinet Balkenende IV om het aantal gevallen waarin bij stilzitten van het bestuur een beschikking van rechtswege wordt verkregen, te verruimen. Sindsdien heeft deze rechtsfiguur meer houvast in de Nederlandse wet- en regelgeving gekregen en vermoedelijk zal de komende jaren dan ook meer jurisprudentie over het toepassen van de van rechtswege verleende vergunning verschijnen. In deze bijdrage wordt getracht in kaart te brengen hoe de *Lex silencio positivo* in de Dienstenwet en de Awb is geregeld, waar bestuursorganen rekening mee dienen te houden en vooral waar nog vraagpunten zitten.

1. Achtergrond

Het overschrijden van de beslistermijn door bestuursorganen is niet ongevoelen in Nederland.² De afgelopen jaren zijn daarom diverse wetgevingsinitiatieven tot stand gekomen om

snellere besluitvorming door bestuursorganen af te dwingen.³ Op nationaal niveau bijvoorbeeld via de Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen en op Europees niveau via de Dienstenrichtlijn.⁴ Over de Dienstenrichtlijn

1 Marieke Schiebroek is als docent/onderzoeker Bestuursrecht verbonden aan het Departement Publiekrecht, Encyclopedie en Rechtsgeschiedenis van de Universiteit van Tilburg. Boudewijn de Waard is hoogleraar Staats- en Bestuursrecht bij datzelfde Departement en lid van de redactie van dit tijdschrift.

2 Zie bijvoorbeeld Voorlichting overeenkomstig art. 18, tweede lid, van de Wet op de Raad van State inzake *lex silencio positivo*, van rechtswege verleende vergunning (Advies van 9 juli 2007, nr. W10.07.0117/II), Den Haag: Raad van State 2007; *Kamerstukken II* 2007/2008, 29 515, nr. 224 (Kabinetsstandpunt *Lex silencio*) en *Kamerstukken II* 2003/2004, 29 495, nr. 1-2.

3 Zie voor een uitgebreid overzicht van initiatieven en ontwikkelingen op het gebied van het leerstuk redelijke termijn: A. ten Veen en A. Collignon, 'De redelijke

termijn voor het bestuursorgaan en rechter', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak, *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: BJu 2010; A. ten Veen, 'De Wet dwangsom en Direct Beroep: het antwoord op niet tijdig beslissen en het einde van de *Lex Silencio*?', *Overheid en Aansprakelijkheid* 2006, 3, p. 63-73 en *Kamerstukken II* 2007/2008, 29 515, nr. 224, p. 4-6.

4 Richtlijn nr. 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (*PbEU* 2006, L 376/36). De richtlijn is op 28 december 2006 in werking getreden. De Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen (*Stb.* 2009, 383) is op 1 oktober 2009 in werking getreden en vormt onder andere een nieuwe par. 4.1.3.2 Awb.

is al veel geschreven.⁵ Kort gezegd, heeft de Dienstenrichtlijn tot doel om het verrichten van grensoverschrijdende diensten voor dienstverleners uit alle lidstaten makkelijker te maken. Dit kan door procedures en formaliteiten betreffende vergunningverlening te vereenvoudigen. Onder andere moet een dienstverlener in elke lidstaat waar hij zijn diensten wil verrichten, elektronisch een vergunning kunnen aanvragen en moeten lidstaten bij het toezicht op de dienstverlener administratief met elkaar samenwerken.⁶ Daarnaast verplicht de richtlijn tot het invoeren van de figuur van de Lex silencio positivo (art. 13, vierde lid, Dienstenrichtlijn). De Lex silencio positivo is het systeem waarin, in het geval de beslistermijn voor een vergunningaanvraag is verstreken maar een beslissing is uitgebleven, de vergunning geacht wordt te zijn verleend.

Evenals andere bepalingen uit de richtlijn is het artikel over de Lex silencio positivo geïmplementeerd in de op 28 december 2009 in werking getreden Dienstenwet.⁷ Voor de implementatie van dit artikel is ingevolge art. 61 Dienstenwet de Awb gewijzigd. De titel van de paragraaf in de Awb waarin de figuur is geregeld, duidt deze aan als 'positieve fictieve beschikking bij niet tijdig beslissen'. Door de Lex silencio positivo niet verder te regelen in de Dienstenwet, maar in een algemene wet-

telijke regeling, kon tevens de ambitie van het kabinet om de Lex silencio positivo ruimer van toepassing te laten zijn, worden gerealiseerd.⁸ De algemene regeling is in de Awb opgenomen in een nieuwe paragraaf, par. 4.1.3.3. Die regeling heeft weliswaar een algemeen karakter, maar in de Awb zelf is niet vastgelegd in welke gevallen de figuur van de Lex silencio positivo van toepassing is. Al met al is inzake de figuur van de Lex silencio positivo een moeilijk doorzichtige regeling ontstaan. Op de vraag wanneer de Lex silencio positivo van toepassing is, zullen we in de volgende paragraaf dieper ingaan. Daarna volgt een bespreking van hoe de Lex silencio positivo werkt als deze van toepassing is.

2. Systematiek van de toepasselijkheid van de Lex silencio positivo

Wanneer is de figuur van de Lex silencio positivo van toepassing? De Awb bepaalt, zoals gezegd, niet wanneer dit het geval is. Art. 4:20a, eerste lid, Awb zegt dat de paragraaf over de positieve fictieve beschikking bij niet tijdig beslissen van toepassing is als dit bij wettelijk voorschrift is bepaald. Dit wordt ook wel de 'nee, tenzij'-benadering van art. 4:20, eerste lid, Awb genoemd. Volgens de regering is het niet mogelijk om in zijn algemeenheid aan te geven

5 Zie o.m. B. Hessel, E. Perton en M. Schiebroek, *De Dienstenrichtlijn decentraal. De gevolgen van de Dienstenrichtlijn voor decentrale overheden*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009 en Ch.W. Backes, 'Much ado about nothing of het begin van een nieuwe bestuurscultuur? De omzetting van de Dienstenrichtlijn', *NTB* 2009, 10, p. 307-317. Zie voor diverse handreikingen over de Dienstenrichtlijn het Kenniscentrum Europa decentraal (www.europadecentraal.nl/dienstenrichtlijn).

6 Zie bijv. overweging 4 t/m 7 Dienstenrichtlijn en art. 5, 6 en 28 Dienstenrichtlijn. Voor het afhandelen van procedures en formaliteiten kunnen zowel Nederlandse als buitenlandse dienstverleners gebruikmaken van het Dienstenloket en de bijbehorende berichten-

box (zie www.antwoordvoorbedrijven.nl). Voor het administratief samenwerken maken bevoegde instanties gebruik van het Interne Markt Informatie (IMI)-systeem (zie http://ec.europa.eu/internal_market/imi-net/index_nl.html).

7 *Stb.* 2009, 503 en 505. Zie ook *Kamerstukken II* 2007/2008, 31 579, nr. 3 (hierna: *MvT Dienstenwet*).

8 In het coalitieakkoord was de ambitie opgenomen om vergunningen voor bedrijven sneller te verlenen. Volgens het coalitieakkoord kan dit bereikt worden door de Lex silencio positivo ruimer toe te passen. Zie Coalitieakkoord tussen de Tweede Kamerfracties van CDA, PvdA en ChristenUnie van 7 februari 2007, p. 15. Te raadplegen via www.rijksoverheid.nl.

op welke vergunningstelsels de Lex silencio positivo kan worden toegepast. Hierdoor heeft par. 4.1.3.3 Awb een zogenoemd ‘facultatief’ karakter gekregen.⁹ Dat wil zeggen: *vanuit het oogpunt van de Awb* is de regeling facultatief. De Awb dwingt er niet toe deze figuur voor te schrijven, maar schept een kader, voor het geval de wetgever daar in een bijzondere wet wel toe overgaat. Normen van buiten de Awb kunnen de wetgever er wel toe verplichten de figuur van de Lex silencio positivo te gebruiken. Zoals al aan de orde kwam, is dit het geval in het kader van de Dienstenrichtlijn. Die richtlijn is geïmplementeerd in de Dienstenwet. In beginsel hoeft een aanvrager van een Nederlandse vergunning dus niet zelf de Dienstenrichtlijn te bestuderen, maar kan deze volstaan met kennisneming van de Dienstenwet. ‘Op papier’ is deze wet duidelijk. Er geldt namelijk een uitgangspunt dat omgekeerd is aan dat van de Awb: de Lex silencio is van toepassing op alle vergunningen (in ruime zin) die onder de Dienstenwet vallen, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald.¹⁰

Wie wil weten of op een aanvraag de Lex silencio positivo van toepassing is, zal dus, zo zegt de Awb, te rade moeten gaan bij de wettelijke voorschriften die op die aanvraag betrekking hebben. Als vaststaat dat een activiteit buiten het kader van de Dienstenwet

valt, zijn die voorschriften duidelijk, mede doordat de rechtzoekende wordt geholpen door het uitgangspunt van de Awb dat sprake moet zijn van een expliciete uitzondering op de regel dat geen sprake is van een Lex silencio positivo. Voorbeelden zijn art. 44, eerste lid, Mededingingswet, art. 3.9, derde lid, Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) en art. 1.12 Crisis- en herstelwet (Chw).¹¹

Als het gaat om aanvragen die mogelijk onder de Dienstenwet vallen, is de weg naar een concreet antwoord lastiger. Men moet dan achterhalen of het betreffende vergunningstelsel onder de Dienstenwet valt. Hierbij kan in bepaalde gevallen discussie ontstaan. Ondanks het feit dat er een screening van regelgeving heeft plaatsgevonden, kan men zich afvragen of een vergunningstelsel wel terecht onder de Dienstenwet is geplaatst. De Dienstenwet en Dienstenrichtlijn zijn immers nieuwe regelgeving waarover geen jurisprudentie bestaat en je in sommige gevallen je kunt afvragen of we wel te maken hebben met diensten in de zin van de Dienstenrichtlijn. Hoe zit het bijvoorbeeld met het door Hessel aangehaalde voorbeeld van de Belgische portretschilder die op de Utrechtse standplaats stillevens verkoopt, maar tegelijkertijd portretten maakt van voorbijgangers?¹² Valt dit nu onder de Dienstenrichtlijn (en daarmee Dienstenwet)? Enerzijds kan men zeggen dat

9 MvT Dienstenwet, p. 49. Zie ook M.J. Jacobs, ‘Lsp in de Awb. De totstandkoming en regeling van de positieve fictieve beschikking bij niet tijdig beslissen’, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak, *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Bju 2010, p. 627-653.

10 Art. 28 Dienstenwet. Het begrip vergunning wordt gedefinieerd in art. 1 van de wet: ‘vergunning: beslissing, uitdrukkelijk of stilzwijgend, over de toegang tot of de uitoefening van een dienst’.

11 Die laatste bepaling vergt wel enig bladerwerk, maar levert uiteindelijk toch duidelijkheid op. Het eerste lid van art. 1.12 Chw verklaart par. 4.1.3.3 Awb van toepassing op aanvragen van een vergunning als bedoeld

in de wettelijke voorschriften, genoemd in bijlage III bij de Chw. Het tweede lid maakt een uitzondering voor het geval de uniforme openbare voorbereidingsprocedure (Afd. 3.4 Awb) van toepassing is. In de bijlage III bij de Chw is vooralsnog alleen art. 3.16 van de Wro opgenomen (de aanlegvergunning).

12 B. Hessel, ‘Gemeenten en de Dienstenrichtlijn (1)’, *Gst.* 2007, 7296, p. 113-125. Zie bijvoorbeeld ook B. Hessel, ‘Gemeenten en de Dienstenrichtlijn (2)’, *Gst.* 2007, 7271, p. 197-203; Ch.W. Backes 2009, p. 311-312 en ‘veelgestelde vragen’ van het Kenniscentrum Europa decentraal (www.europadecentraal.nl/dienstenrichtlijn).

er verkoop van goederen plaatsvindt en dat deze categorie van de Dienstenrichtlijn is uitgezonderd (overweging 76 Dienstenrichtlijn). Anderzijds vindt er ook dienstverlening plaats. Vergelijkbare voorbeelden vinden we bij de standplaatsverordening van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG). Het gaat hier om vergunningen voor bijvoorbeeld een bloemenstal, viskraam enzovoort, maar ook om het graveren van het kenteken van je auto in de autoruit. Over deze standplaatsverordening heeft de VNG geoordeeld dat deze niet onder de reikwijdte van de richtlijn viel, omdat het overwegend ging om de verkoop van goederen en in minder dan in één procent van de gevallen om dienstverlening.¹³ Een soortgelijke redenering werd door de VNG ook gehanteerd bij de marktverordening. Het is nu afwachten of deze door de VNG uitgezette lijn zich ook zo in de jurisprudentie ontwikkelt. Een vergunning voor het *organiseren* van een markt of snuffelmarkt valt volgens de VNG overigens weer wel onder de Dienstenwet.¹⁴

Wanneer blijkt dat een vergunningstelsel onder de reikwijdte van de Dienstenwet valt, dient de aanvrager te bekijken of er een uitzondering is gemaakt op de in het kader van de Dienstenwet geldende hoofdregel dat wel sprake is van een Lex silencio positivo. Daarom volgt nu een nadere toelichting op de systematiek van de Dienstenwet op het punt van de Lex silencio positivo. Daarbij wordt eerst aandacht besteed aan de Dienstenrichtlijn, omdat de Dienstenwet beoogt die richtlijn te implementeren.

2.1 *De betekenis van de Dienstenrichtlijn voor het stelsel in de Dienstenwet*

De systematiek van de toepasselijkheid van de Lex silencio positivo in de Dienstenwet

De Dienstenwet kent de figuur van de Lex silencio positivo, omdat de Dienstenrichtlijn daartoe verplicht. Art. 13, vierde lid, Dienstenrichtlijn schrijft voor dat wanneer een vergunningstelsel onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn valt, de Lex silencio positivo wordt toegepast. Die verplichting is niet absoluut. Een uitzondering is mogelijk als daar een dwingende reden van algemeen belang (met inbegrip van de belangen van derden) voor bestaat.¹⁵ Waar een dergelijke uitzondering wordt gemaakt, moet het voor de aanvrager wel mogelijk zijn de besluitvorming in beweging te krijgen. Uit overweging 63 bij de richtlijn blijkt dat daarbij is gedacht aan de figuur van de fictieve weigering: de figuur dat bij het uitblijven van een beslissing de aanvraag wordt geacht te zijn verworpen. Die fictieve verwerping moet dan bij de rechter kunnen worden aangevochten.¹⁶

Dit dwingende uitgangspunt is ook reden geweest om – anders dan in de Awb – in de Dienstenwet te kiezen voor de systematiek dat de Lex silencio positivo van toepassing is op besluitvorming die onder de Dienstenwet valt. Deze systematiek is via een amendement in de Dienstenwet terechtgekomen. De Tweede Kamer was van mening dat een ‘ja, tenzij’-benadering op deze vergunningstelsels beter

13 Screeningsformulier bij art. 5:17 model APV mei 2008. Te vinden via www.vng.nl. Zie ook Scheurs-te Hofsté, ‘De toetsing van gemeentelijke regelgeving aan de Dienstenrichtlijn’, in: Hessel, Perton en Schiebroek 2009.

14 Zie ledenbrief van de VNG ‘Stand van zaken Dienstenrichtlijn (Lbr 09/022)’ van 17 februari 2009 en

screeningsformulier bij art. 5:22 model APV mei 2008. Beide te vinden via www.vng.nl.

15 In overweging 40 van de Dienstenrichtlijn worden voorbeelden van dwingende redenen van algemeen belang gegeven.

16 Zie ook Jacobs 2010, p. 633.

zou aansluiten bij art. 13, vierde lid, Dienstenrichtlijn. De Tweede Kamer aanvaardde daarom een amendement waarbij een nieuw art. 28 aan de Dienstenwet werd toegevoegd. Ingevolge art. 28 Dienstenwet is par. 4.1.3.3 Awb, in afwijking van art. 4:20a, eerste lid, Awb, altijd van toepassing op een in het kader van die wet ingediende vergunningaanvraag, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald.¹⁷ Hierdoor is de Lex silencio positivo voor vergunningstelsels die onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn vallen dus automatisch van toepassing, tenzij de wetgever er expliciet voor kiest de Lex silencio positivo uit te sluiten. Die keuze moet dan wel verenigbaar zijn met de Dienstenrichtlijn. De Lex silencio positivo mag bij deze vergunningstelsels door de wetgever wel worden uitgesloten, maar alleen wanneer er op grond van art. 13, vierde lid, Dienstenrichtlijn sprake is van een dwingende reden van algemeen belang (met inbegrip van een belang van derden).

Het toepassingsbereik van de Dienstenwet

De Nederlandse wetgever heeft geprobeerd zo concreet mogelijk vast te stellen welke vergunningstelsels onder de Dienstenwet vallen. Om te bepalen welke vergunningstelsels in Nederland onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn vallen, hebben alle overheden in de periode 2007-2010 hun vergunningstelsels (en andere regelgeving) bekeken en beoordeeld. Van deze door de Dienstenrichtlijn verplicht gestelde screeningsoperatie¹⁸ hebben zij verslag gedaan

aan het ministerie van Economische Zaken en de Europese Commissie. Hierdoor is een zo compleet mogelijk overzicht beschikbaar van alle Nederlandse regelgeving die onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn valt.¹⁹ Dit overzicht is te vinden in de ministeriële ‘Regeling indicatieve vaststelling reikwijdte Dienstenwet’.²⁰ Omdat overheden hun onder de richtlijn vallende nieuwe of gewijzigde regelgeving vervolgens ook notificeren bij de Europese Commissie (zij zijn daartoe verplicht), kan de regeling steeds dienovereenkomstig worden aangepast en actueel blijven.

Desondanks biedt dit systeem geen waterdichte garantie dat de Nederlandse wetgeving het toepassingsbereik van de richtlijn geheel dekt. In het kort gezegd, valt een vergunningstelsel onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn wanneer er sprake is van een dienst in de zin van art. 57 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). Voorbeelden van diensten zijn te vinden in overweging 33 Dienstenrichtlijn. Te denken valt aan het organiseren van evenementen en het exploiteren van een seksinrichting in Nederland, door een onderdaan van een ander EU-land.²¹ Dat begrip ‘dienst’ is een begrip dat vatbaar is voor verandering en nadere concretisering via jurisprudentie van het Hof van Justitie. Om te bereiken dat de Dienstenwet in overeenstemming is en blijft met de richtlijn, bevat de Dienstenwet een aantal veiligheidskleppen.

Een belangrijke veiligheidsklep wordt gevormd door art. 2 Dienstenwet. Die bepaling bevat

17 Kamerstukken II 2008/09, 31 579, nr. 14 en 15.

18 Zie art. 39 Dienstenrichtlijn.

19 Hulpmiddelen bij het bepalen van de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn zijn: Directoraat-generaal Interne markt en diensten, *Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn*, Luxemburg: Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen 2007 en Kenniscentrum Europa decentraal, ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en

ministerie van Economische Zaken, *De Dienstenrichtlijn. Handreiking voor decentrale overheden*, Den Haag: 2009.

20 Regeling nr. WJZ/9216044 (*Stcrt.* 2010, 2290).

21 Voorheen art. 50 EG-Verdrag. Meer voorbeelden zijn te vinden in de Regeling indicatieve vaststelling reikwijdte Dienstenwet (*Stcrt.* 2010, 2290). Veel diensten zijn wel van de richtlijn uitgezonderd. Zie bijv. art. 2, tweede lid; art. 3 en overweging 9 Dienstenrichtlijn.

een dynamische verwijzing²² naar de richtlijn. Ingevolge art. 2 van de Dienstenwet is de wet niet alleen van toepassing op de regelgeving die is opgenomen in de ministeriële regeling, maar ook op andere eisen en vergunningstelsels met betrekking tot de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten. Er kan dus sprake zijn van eisen en vergunningstelsels die niet in de ministeriële regeling opgenomen zijn, maar wel onder de reikwijdte van de Dienstenwet vallen.

Nederlandse overheden doen er dan ook goed aan om eventuele jurisprudentiële ontwikkelingen rond het begrip 'dienst' te volgen.²³

Een andere veiligheidsklep die moet garanderen dat de Dienstenwet het bereik van de Dienstenrichtlijn dekt, is het gebruik van ruime definities in art. 1 van de Dienstenwet. Zo wordt bijvoorbeeld gebruikgemaakt van het begrip 'bevoegde instantie', dat ruimer is dan het begrip 'bestuursorgaan' uit de Awb. Belangrijker is nog dat ook de begrippen 'vergunningstelsel' en 'vergunning' ruim zijn gedefinieerd. Tot nu toe is hier korthedshalve steeds gesproken over het begrip vergunningstelsel. Ook het verlenen van een ontheffing wordt hieronder verstaan.²⁴ Op grond van art. 4 onderdeel 6 Dienstenrichtlijn is een vergunningstelsel 'elke procedure die voor een dienstverrichter of afnemer de verplichting inhoudt bij een bevoegde instantie stappen te ondernemen ter verkrijging van een formele of stilzwijgende beslissing over de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit'.²⁵ Een melding of bevestiging (al dan niet stil-

zwijgend) inhoudende dat een verklaring of aanvraag bij het bestuursorgaan is ontvangen, schaaft de Dienstenrichtlijn ook onder het begrip vergunningstelsel.²⁶ Het gevolg is dat wanneer zo'n melding moet worden aangemerkt als een 'vergunningstelsel' betrekking hebbend op een dienst die onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn valt, niet alleen de Awb maar ook de Dienstenwet van toepassing is.²⁷ Bestuursorganen moeten dan rekening houden met het feit dat, in afwijking van de Awb, opschorting van de beslistermijn niet meer in alle gevallen kan plaatsvinden (zie hierna, par. 3.1).

2.2 Overgangsregelingen

Met het amendement waarmee in de Dienstenwet het 'ja, tenzij'-stelsel werd geïntroduceerd (art. 28 Dienstenwet) zijn ook twee overgangsregelingen voor de Awb aangenomen. Doordat het amendement in februari 2009 was ingediend, hadden (de)centrale wetgevers, gezien de implementatiedeadline van de Dienstenrichtlijn van 28 december 2009, te kort tijd om de omslag in het stelsel van de Lex silencio positivo in hun wet- en regelgeving te regelen.²⁸ De twee overgangsregelingen, die overigens alleen gelden voor vergunningstelsels die onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn (en daarmee de Dienstenwet) vallen, moeten dit nu wel mogelijk maken.

De ene overgangsregeling geldt voor het Rijk. Het Rijk moet met ingang van 28 december 2009 de 'ja, tenzij'-benadering hanteren. Dat

22 Zie voor een uitleg van dit begrip aanwijzing 342 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

23 MvT Dienstenwet, p. 86-87; *Stcrt.* 2010, 2290, p. 164-165; *Kamerstukken I* 2008/2009, 31 579, nr. C, p. 10-11 en Backes 2009, p. 311. De dynamische verwijzing in de Dienstenwet naar de Dienstenrichtlijn is ook de reden waarom in deze bijdrage steeds wordt gesproken van 'vergunningstelsels die onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn vallen'.

24 In de memorie van toelichting bij het Verzamelwets-

voorstel van rechtswege verleende vergunning wordt specifiek genoemd dat onder vergunning ook wordt geschaard het geven van toestemming, het doen van een aanwijzing, het toestaan van een vrijstelling, het verlenen van een ontheffing enz. (*Kamerstukken II* 2009/2010, 32 454, nr. 3, p. 1).

25 Zie ook art. 1 Dienstenwet.

26 MvT Dienstenwet, p. 43-45.

27 Zie ook Backes 2009, p. 313.

28 *Kamerstukken II* 2008/2009, 31 579, nr. 14 en 15.

wil zeggen dat bij vergunningstelsels die onder de Dienstenwet/Dienstenrichtlijn vallen, de wetgeving ingericht moet zijn op automatische toepasselijkheid van de Lex silencio positivo. Wel voorziet de overgangsregeling erin dat het Rijk de Lex silencio positivo door middel van een wettelijk voorschrift en op grond van een dwingende reden van algemeen belang nog niet voor elk vergunningstelsel afzonderlijk hoeft uit te sluiten. Op grond van art. 66 Dienstenwet mag het Rijk tot 1 januari 2012 de vergunningstelsels waarin de Lex silencio positivo wegens een dwingende reden van algemeen belang is uitgesloten, opnemen in één algemene maatregel van bestuur. Dit is gebeurd in het ‘Tijdelijk besluit Lex silencio positivo Dienstenrichtlijn’.²⁹ Vanaf 1 januari 2012 dient het Rijk wel per afzonderlijk vergunningstelsel de Lex silencio positivo te hebben uitgesloten en vervalt dit besluit. Inmiddels is deze aanpassing van de verschillende wettelijke regelingen in gang gezet. In februari 2011 is daartoe een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer ingediend.³⁰ De overgangsregeling voor het Rijk is daarmee eenvoudiger dan de overgangsregeling voor decentrale overheden.

Die andere overgangsregeling staat in art. 65 Dienstenwet en heeft alleen betrekking op decentrale overheden.³¹ Volgens dit artikel is

art. 28 Dienstenwet tot 1 januari 2012 niet van toepassing op ‘vergunningen, verleend krachtens de Provinciewet, de Gemeentewet, de Waterschapswet, de Wet gemeenschappelijke regelingen en de Wet op de bedrijfsorganisatie’. Met andere woorden, decentrale overheden mogen tot 1 januari 2012 de ‘nee, tenzij’-benadering hanteren en daarmee de Lex silencio positivo bij wettelijk voorschrift van toepassing verklaren in plaats van uitsluiten. Op het eerste gezicht lijkt dit een mooie overgangsregeling. Toch betekent dit niet dat decentrale wetgevers tot eind 2011 stil kunnen zitten. Zij kunnen niet achteroverleunen vanuit de gedachte dat zij dankzij de overgangsregeling niet kunnen worden overvallen doordat onvoorzien en ongewild de Lex silencio positivo van toepassing is geworden. Ondanks de overgangsregeling blijft art. 13, vierde lid, Dienstenrichtlijn immers nog wel altijd bepalen dat de Lex silencio positivo moet worden toegepast, tenzij een dwingende reden van algemeen belang daaraan in de weg staat.³² Dat betekent dat de decentrale overheden de inventarisatie van vergunningstelsels waar de Lex silencio positivo op van toepassing zou moeten zijn helemaal op orde moeten hebben³³ en zich ook bij het vaststellen van nieuwe of gewijzigde regels moeten afvragen of er overeenstemming met de Dienstenrichtlijn bestaat.

29 *Stb.* 2009, 571.

30 Wetsvoorstel ‘Wijzigingen van de Algemene wet bestuursrecht, de Dienstenwet en enige andere wetten ter vastlegging van uitzonderingen op de toepasselijkheid van de positieve fictieve beschikking bij niet tijdig beslissen ingevolge de Dienstenwet’, *Kamerstukken II* 2010/2011, 32 614, nr. 2 en 3, p. 1-2.

31 Inclusief de functioneel gedecentraliseerde overheden uit de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie.

32 *Kamerstukken I* 2008/2009, 31 579, nr. F, p. 4.

33 M.a.w. van alle binnen de organisatie bestaande vergunningstelsels moet duidelijk zijn welke vergunning-

stelsels onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn vallen. Daarnaast moet van de vergunningstelsels die onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn vallen een beoordeling zijn gemaakt of er een dwingende reden van algemeen belang bestaat waardoor de Lex silencio positivo niet hoeft te worden toegepast. Hierbij moet, ongeacht het toepassen van een ‘nee, tenzij’-benadering, van het principe van de Dienstenrichtlijn worden uitgegaan, namelijk dat wanneer een vergunningstelsel onder de reikwijdte van de richtlijn valt, de Lex silencio positivo in beginsel moet worden toegepast.

Er kan zich nog een bijzonder probleem voordoen als blijkt dat de overgangsregeling voor decentrale regelgeving niet verenigbaar is met de Dienstenrichtlijn, zoals is betoogd door Botman.³⁴ Botman wijst erop dat volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie omzettingwetgeving niet mag voorzien in een overgangsregeling als een richtlijn hiervoor geen ruimte biedt. Als wij Botman goed begrijpen, stelt zij dat art. 13, vierde lid, van de richtlijn geen ruimte biedt voor een ‘nee, tenzij’-stelsel. Die bepaling houdt in dat de Lex silencio positivo geldt en voegt daaraan toe: ‘Andere regelingen kunnen niettemin worden vastgesteld, wanneer dat gerechtvaardigd is om dwingende redenen van algemeen belang (...)’ Botman schrijft dat ‘als een gemeente niet motiveert waarom de lex silencio niet van toepassing is op een vergunningstelsel waar de richtlijn betrekking op heeft, deze rechtstreeks geldt op grond van art. 13 lid 4’. Kennelijk oordeelt zij dat niet alleen per vergunningstelsel beoordeeld dient te worden of plaats is voor de uitzondering die de richtlijn mogelijk maakt, maar dat een en ander ook per vergunningstelsel expliciet gemotiveerd dient te worden. Wij gaan er voorts nog van uit dat de richtlijn bepaling niet een dergelijke expliciete en geconcretiseerde verantwoording vereist, maar dat het voldoende is als de uitzondering ‘gerechtvaardigd is’, in termen van de bepaling. Het kan natuurlijk wel praktisch zijn om als gemeente een motivering klaar te hebben voor eventuele vragen van de Europese Commissie (of bij een geschil de bestuursrechter) omtrent het niet toepassen van de Lex silencio positivo.³⁵

3. De regeling in de Algemene wet bestuursrecht

Hoe de regeling betreffende de Lex silencio positivo inhoudelijk eruitziet, wordt bepaald door art. 4:20b tot en met 4:20f Awb. Een aantal van deze bepalingen zullen wij in de volgende subparagrafen bespreken.

3.1 De beslistermijn

Als de Lex silencio positivo van toepassing is, betekent dit dat een beschikking van rechtswege is gegeven indien niet tijdig door het bestuursorgaan wordt beslist. Het algemene antwoord op de vraag wanneer niet tijdig is beslist, is vastgelegd in par. 4.1.3.1 Awb. Als uitgangspunt geldt de bepaling over het verstrijken van de beslistermijn uit art. 4:13 Awb. Voor gevallen waarin de Lex silencio positivo geldt, komt dit uitgangspunt erop neer dat – als de beslistermijn niet is verlengd of opgeschort – een gevraagde beschikking fictief gegeven is, indien ofwel de bij wettelijk voorschrift bepaalde termijn ofwel de redelijke termijn van in beginsel acht weken is verstreken (art. 4:13 Awb). De art. 4:14 en 4:15 Awb geven algemene regels over verlenging of opschorting van de beslistermijn. Bijzondere wetten kunnen daaromtrent andere regels bevatten. Dat is het geval in de Dienstenwet.

Zo is *verlenging* van de beslistermijn voor vergunningstelsels waarop de Dienstenrichtlijn (en Dienstenwet) van toepassing is, enkel toegestaan als de beslissing op de aanvraag wegens de ingewikkeldheid van het onderwerp niet binnen de beslistermijn kan worden gegeven.

34 M.R. Botman, ‘De Dienstenwet: dekt de vlag de lading. Pleidooi voor verdere omzetting van de Dienstenrichtlijn’, *NTER* 2010, 4, p. 109-116, p. 110.

35 Praktijkvraag (december 2009) van het kenniscentrum Europa decentraal (www.europadecentraal.nl/dienstenrichtlijn).

Bovendien mag slechts eenmalig een verlenging plaatsvinden, dient de nieuwe beslistermijn zo kort mogelijk te zijn en moet het besluit tot verlenging met redenen zijn omkleed (art. 31 Dienstenwet).³⁶

Ook voor de *opschorting* van de beslistermijn kent de Dienstenwet een regime dat afwijkt van de Awb. Wanneer op een vergunningstelsel de Dienstenrichtlijn (en Dienstenwet) van toepassing is, kan de beslistermijn niet worden opgeschort in het geval waarbij het bestuursorgaan voor de beschikking noodzakelijke informatie in het buitenland moet opvragen (art. 32, tweede lid, Dienstenwet). Bij de behandeling van de vergunningaanvragen kan het bestuursorgaan gebruikmaken van het Interne Markt Informatie (IMI)-systeem. Hierdoor kan eenvoudig grensoverschrijdende informatie-uitwisseling plaatsvinden en is opschorting van de beslistermijn volgens de regering niet meer nodig.³⁷ Bewaking van de beslistermijn blijft wel noodzakelijk. Een niet tijdig antwoord van het andere bestuursorgaan op het informatieverzoek kan immers leiden tot een van rechtswege verleende vergunning.

Wat betreft de aanvang van de beslistermijn sluiten de Dienstenrichtlijn en de nationale regelgeving (Dienstenwet jo. Awb) niet helemaal op elkaar aan. Het derde lid van art. 13 Dienstenrichtlijn zegt over de aanvang van de beslistermijn: 'Deze termijn gaat pas in op het tijdstip waarop alle documenten zijn ingediend.' Het zesde en zevende lid van art. 13 Dienstenrichtlijn maken het mogelijk dat de aanvraag wordt afgewezen als deze onvolledig is. Wel moet aan de aanvrager zo snel mogelijk worden meegedeeld dat de aanvraag onvolledig is en, in geval van een weigering op de grond dat de aanvraag niet aan de vereiste procedures of formaliteiten voldoet, moet de aanvrager daarvan onverwijld op de hoogte worden gesteld. De Awb kent een systeem met een vergelijkbaar

uitgangspunt. Art. 4:15 Awb bepaalt dat de beslistermijn wordt opgeschort met ingang van de dag waarop het bestuursorgaan de aanvrager heeft uitgenodigd de aanvraag aan te vullen, tot de dag waarop de aanvraag is aangevuld. Ook de Awb gaat er dus van uit dat de beslistermijn pas kan verstrijken als de aanvrager zijn aanvraag compleet heeft gemaakt. De Awb gunt het bestuursorgaan in dat geval – anders dan de Dienstenrichtlijn – echter niet alsnog de volle beslistermijn, maar het deel dat resteert na het verzoek om aanvulling van de aanvraag. Het merkwaardige is dus dat de Awb hiermee meer druk dan de Dienstenrichtlijn zet op het bestuursorgaan om snel na binnenkomst van de incomplete aanvraag een verzuimbrief te sturen en op de aanvrager om daar snel op te reageren.

De Awb bepaalt verder dat de opschorting ook eindigt als de termijn voor aanvulling van de aanvraag ongebruikt is verstreken (art. 4:15, eerste lid, aanhef en sub a). De Awb-bepalingen over de positieve fictieve beschikking bij niet tijdig beslissen gaan niet uitdrukkelijk in op de vraag wat het einde van de *opschorting* betekent voor het einde van de *beslistermijn*. Dat lijkt ons een lacune. Men kan betogen dat als de gegevens niet tijdig zijn verstrekt, er geen sprake van kan zijn dat de situatie ontstaat dat 'niet tijdig is beslist' (vgl. de bewoordingen van art. 4:20b Awb). Maar het staat er niet. De wijze van formuleren wijst veeleer in de richting dat men als volgt moet redeneren. Als de gegevens niet tijdig zijn verstrekt, gaat de beslistermijn weer lopen (want de opschorting eindigt). Als de beslistermijn vervolgens verstrijkt zonder dat expliciet een besluit is genomen, treedt wel degelijk de situatie in dat 'niet tijdig is beslist'. Dat zou derhalve betekenen dat een bestuursorgaan, ingeval van het ongebruikt verstrijken van een termijn voor aanvulling van een aanvraag, die aanvraag dient af te wijzen vóór het einde van de beslistermijn, om het ontstaan

36 MvT Dienstenwet, p. 108-109.

37 MvT Dienstenwet, p. 110-111.

van een fictief positief besluit te voorkomen. Dat levert een systeem op dat ongunstiger is voor bestuursorganen dan het systeem van de Dienstenrichtlijn, dat niet werkt met een *opschorting* van de beslistermijn, maar bepaalt dat de beslistermijn pas *aanvangt* als alle documenten zijn ingediend.

Art. 4:15 Awb regelt ook het geval dat het bestuursorgaan voor de beslissing op de aanvraag gegevens uit het buitenland nodig heeft: de beslistermijn wordt eveneens opgeschort als het bestuursorgaan de aanvrager mededeelt dat de redelijkerwijs noodzakelijke informatie aan een buitenlandse instantie is gevraagd, tot de dag waarop die informatie is ontvangen (of verder uitstel niet meer redelijk is). Wij schreven al dat de Dienstenwet op dit laatste punt afwijkt van de Awb. Het tweede lid van art. 32 Dienstenwet bepaalt dat, in afwijking van art. 4:15 Awb, de beslistermijn *niet* wordt opgeschort door een mededeling van het bestuursorgaan dat informatie aan een buitenlandse instantie is gevraagd.

3.2 *Bekendmaking door het bestuursorgaan*

Opgemerkt moet worden dat een van rechtswege gegeven beschikking normaliter geen besluit in de zin van art. 1:3 Awb zou zijn, omdat het schriftelijkheidsvereiste ontbreekt. Art. 4:20b Awb verhelpt dit probleem door te regelen dat een verlening van rechtswege ook als een beschikking wordt aangemerkt.

De regeling van de Lex silencio positivo in par. 4.1.3.3 Awb wijkt op een aantal punten af van het gewone Awb-regime, dat is bedoeld voor ‘echte’ (reële) besluiten. Dat geldt bijvoorbeeld voor de inwerkingtreding van het besluit. Art. 3:40 Awb bepaalt, kort en krachtig: ‘Een besluit treedt niet in werking voordat het bekend is

gemaakt.’ Daar maakt art. 4:20b, derde lid, Awb een uitzondering op, voor de positieve fictieve beslissing bij niet tijdig beslissen. Op grond van deze bepaling treedt een van rechtswege gegeven beschikking in afwijking van art. 3:40 Awb in werking op de derde dag na afloop van de beslistermijn. Het gevolg van deze bepaling is dat de vergunning al in werking kan zijn getreden en schade kan hebben aangericht, voordat belanghebbenden een reële kans hebben gehad tegen de verleende vergunning in bezwaar of beroep te gaan. Weliswaar zijn belanghebbenden wat de mogelijkheid om tegen de beschikking op te komen betreft formeel niet afhankelijk van de bekendmaking van het besluit. Art. 6:10 Awb biedt de mogelijkheid om een bezwaar- of beroepsschrift tegen een besluit in te dienen voordat het bekend is gemaakt. Maar het zal voor derden dikwijls niet eenvoudig zijn erachter te komen dat een fictieve beschikking is ontstaan en op welk moment dat is gebeurd. In zoverre zijn zij materieel gezien wel in belangrijke mate afhankelijk van de bekendmaking. Inwerkingtreding op de derde dag na het verstrijken van de beslistermijn is dan wel heel snel. Uit de memorie van toelichting bij de Dienstenwet blijkt overigens dat de driedagentermijn niet is opgenomen ter bescherming van belangen van derden, maar om verwarring te voorkomen over de vraag of er tijdig een beslissing is genomen. Als op de laatste dag van de beslistermijn een reëel besluit wordt genomen, is niet zeker dat het de geadresseerde direct de volgende dag bereikt. Er is dan wel tijdig beslist, al weten de geadresseerde en andere belanghebbenden dat waarschijnlijk niet.³⁸ Blijkens de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak wordt degene die dan tegen het niet tijdig beslissen opkomt niet beschermd door de Awb-bepaling over prematuur beroep (art. 6:8 Awb). Die had gewoon even de post moeten afwachten.³⁹

38 MvT Dienstenwet, p. 130 en *Kamerstukken II* 2007/2008, 31 579, nr. 4, p. 9.

39 ABRvS 11 juni 2010, AB 2011, 5 m.nt. De Waard (WOB-verzoek politieregio Kennemerland).

Volgens de memorie van toelichting Dienstenwet moet de snelle inwerkingtreding van de van rechtswege gegeven beschikking juist als een voor het succes van het instrument belangrijk element worden gezien. De Lex silencio positivo boet volgens de memorie van toelichting namelijk aan kracht in wanneer de inwerkingtreding van de beschikking te lang zou duren. Verder is er, dankzij het 'nee, tenzij'-principe van art. 4:20a Awb, door de wetgever al afgewogen of een van rechtswege gegeven beschikking grote maatschappelijke risico's oplevert en of een dwingende reden van algemeen belang aan de toepassing van de Lex silencio positivo in de weg staat. Doordat hier al een selectie is gemaakt, is er geen reden om de inwerkingtreding van een van rechtswege gegeven beschikking uit te stellen, aldus de toelichting.⁴⁰

Toch is er bij de Wabo uitdrukkelijk voor gekozen om van art. 4:20b, derde lid, Awb af te wijken en de van rechtswege verleende beschikking op te schorten totdat de termijn voor het indienen van een bezwaarschrift is verstreken danwel totdat op dat bezwaar is beslist.⁴¹ De Raad van State adviseerde dit ook te doen voor de regeling inzake de Lex silencio positivo in de Awb.⁴² Dat de wetgever dit advies niet heeft overgenomen, komt vermoedelijk doordat de wetgever één algemene regeling voor de

Lex silencio positivo in de Awb heeft willen maken. In het Nederlandse bestuursrecht is het algemene uitgangspunt nu eenmaal dat besluiten direct in werking treden en dat die werking niet afhankelijk is gesteld van (de mogelijkheid tot) het instellen van rechtsmiddelen. Dat uitgangspunt komt ook naar voren in art. 6:16 Awb. Dat is de bepaling die zegt dat bezwaar en beroep geen opschortende werking hebben, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald. Een uitgestelde werking tot derdenbelanghebbenden de gelegenheid hebben gehad tegen het besluit op te komen is een soort tussenvorm tussen onmiddellijke werking en opschortende werking. Het is een systematiek die de wetgever wel eens vaker hanteert in de uitzonderingsgevallen waarin onmiddellijke werking ongewenste gevolgen zou kunnen hebben.⁴³ Er is één lijn getrokken door geen onderscheid te maken tussen vergunningstelsels waarop de Dienstenrichtlijn wel en waarop deze niet van toepassing is.

Volgens Jacobs zou een uitgestelde werking bij vergunningstelsels die onder de Dienstenrichtlijn vallen waarschijnlijk in strijd zijn met de Dienstenrichtlijn.⁴⁴ De richtlijn is hier niet duidelijk over. Het zou interessant zijn om te weten hoe andere lidstaten omgaan met de Lex silencio positivo, en met name met de inwerkingtreding van de beschikking. Wat de Nederlandse regeling betreft kan de vraag

40 MvT Dienstenwet, p. 131.

41 Art. 6.1, vierde lid jo. art. 3.9, derde lid, Wabo. Volgens Nijmeijer is de Lex-silencio-positivoregeling in de Wabo een nietszeggende, omdat de aanvrager met zijn van rechtswege verleende omgevingsvergunning niets kan zolang deze niet bekend is gemaakt. Als de positieve fictieve beslissing al bekend is gemaakt, kunnen er achteraf nog voorschriften aan worden verbonden (art. 2:29 e.v. Wabo). Zie A.G.A. Nijmeijer, 'Een weinig zeggende Lex silencio', *VAR Michiels column* augustus 2007 (http://www.verenigingvoorbestuursrecht.nl/VAR_Michiels_Columns).

42 Voorlichting Raad van State inzake lex silencio

positivo van 9 juli 2007 (W.10.07.0117/II).

43 Zie B.W.N. de Waard, 'Spoedprocedures vergeleken', in Th.G.M. Simons, A.T. Marseille en B.W.N. de Waard, *De voorlopige voorziening in het bestuursrecht*, preadvies VAR, Den Haag: BJu 2006, p. 167-247, p. 216 e.v.

44 Jacobs stelt in haar artikel dat het later in werking laten treden van de van rechtswege gegeven beschikking voor derden en de samenleving tot gevolg heeft dat zij niet hoeven te lijden onder het niet tijdig beslissen van de overheid. Deze optie acht zij echter wel in strijd met de Dienstenrichtlijn. Zie M.J. Jacobs, 'Lex silencio positivo', *TvC* 2010-2, p. 84.

worden gesteld of een termijn van drie dagen bij het Hof van Justitie stand kan houden.⁴⁵ Wij verwachten van wel. De driedagenregeling heeft niet de strekking de inwerkingtreding uit te stellen, maar om verwarring te voorkomen over de vraag of een fictieve beschikking is ontstaan. Materieel gezien levert de driedagentermijn ook geen uitstel van betekenis op.

In afwijking van de hoofdregel van de Awb is de bekendmaking bij het fictieve positieve besluit dus niet bepalend voor de inwerkingtreding. Bekendmaking verliest echter niet al zijn functies, als het geen voorwaarde voor inwerkingtreding is. Bekendmaking dient ook dan de rechtszekerheid van de aanvrager en mogelijke derden. De wetgever heeft besloten dat ook een van rechtswege gegeven beschikking bekend moet worden gemaakt om zo alle belanghebbenden rechtszekerheid te bieden.⁴⁶ De bekendmaking dient binnen twee weken na het ontstaan van het fictieve besluit door het bestuursorgaan te geschieden (art. 4:20c Awb).

3.3 *Van rechtswege verleend...wat nu?*

Naast het feit dat het schriftelijkheidsvereiste bij een van rechtswege gegeven beschikking ontbreekt, is het ontbreken van aan het besluit verbonden voorschriften een ander door vele auteurs genoemd bezwaar bij deze beschikkingen.⁴⁷ Art. 4:20e Awb komt enigszins aan dat bezwaar tegemoet. Het regelt dat wanneer in een wettelijk voorschrift of beleidsregel

is bepaald dat in een beschikking steeds bepaalde voorschriften worden opgenomen, deze voorschriften ook deel uitmaken van een van rechtswege gegeven beschikking. Op deze manier kunnen bepaalde standaardvoorwaarden ook aan de van rechtswege gegeven beschikking worden verbonden.⁴⁸ Toch kleven er verschillende nadelen aan deze oplossing voor het ontbreken van voorschriften bij de van rechtswege gegeven beschikking. In de eerste plaats moeten de vergunningverkrijger en eventuele andere belanghebbenden meer moeite doen om het juridisch kader dat de vergunning beheerst te achterhalen.⁴⁹ In de tweede plaats is een mogelijk nadelig gevolg dat overheden meer voorwaarden in hun wettelijke voorschriften en beleidsregels gaan opnemen om zo ongewenste effecten van de van rechtswege verleende vergunning te voorkomen. Dit lijkt ons in ieder geval niet samen te gaan met de deregulering die in Nederland wordt nagestreefd.

Aan de van rechtswege verleende vergunning zijn derhalve geen op het specifieke geval toegesneden voorschriften verbonden. Zoals gezegd, vraagt art. 4:20a, eerste lid, Awb in eerste instantie al om een zorgvuldige afweging van de wetgever(s) om de Lex silencio positivo wel of niet in een bijzondere wet of andere regelingen op te nemen. Desondanks kan er een situatie ontstaan waarbij dit artikel niet goed is toegepast of waarin voorschriften als bedoeld in art. 4:20e Awb niet afdoende zijn om ernstige gevolgen te voorkomen. Om deze ernstige gevolgen voor het algemeen belang te voorko-

45 Zie ook Jacobs 2010, p. 645-646.

46 MvT Dienstenwet, p. 130-131 en *Kamerstukken II* 2007/08, 29 515, nr. 224, p. 9-10.

47 Zie J.A.M. van Angeren, 'De fictieve weigering en de fictieve toestemming sanctie of recht?', in: *Recht op scherp. Beschouwingen over handhaving van publiekrecht, aangeboden aan Prof. Mr. W. Duk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 400; K. van Duyvendijk, 'Wie zwijgt stemt toe. Problemen rond de fictieve

vergunningverlening', *NTB* 1988, 2, p. 39 en C.M.

Saris, 'Tijdig beslissen. Het doel dichterbij met de Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen en de verruiming van de lex silencio positivo?', *Gst.* 2008, 7292, p. 146.

48 Ten Veen en Collignon, 2010, p. 334.

49 A. Knook, 'De van rechtswege verleende vergunning in de praktijk', *NTB* 2010, 25, p. 147-153.

men, kan het bestuursorgaan op grond van art. 4:20f Awb een nieuw besluit nemen waarmee alsnog voorschriften aan de van rechtswege gegeven beschikking worden verbonden of de beschikking wordt ingetrokken. Hiertoe mag het bestuursorgaan enkel binnen zes weken na bekendmaking van de van rechtswege gegeven beschikking overgaan (lid 2). Eventuele schade die door het nieuwe besluit ontstaat, moet het bestuursorgaan vergoeden (lid 3). Deze bepaling maakt dus weliswaar maatwerk mogelijk, maar de gebruiksmogelijkheden zijn zeer beperkt, omdat het wijzigen (of intrekken) van de van rechtswege gegeven beschikking alleen is toegestaan 'voor zover dit nodig is om ernstige gevolgen voor het algemeen belang te voorkomen' (art. 4:20f, eerste lid, Awb).

'Algemeen belang'

Onder het begrip 'algemeen belang' in art. 4:20f Awb moeten volgens de memorie van toelichting tevens 'dwingende redenen van algemeen belang' worden verstaan.⁵⁰ (Dat is het begrip dat wordt gebruikt in art. 13, vierde lid, Dienstenrichtlijn.) De formulering in de toelichting lijkt ons wat ongelukkig gekozen, want deze suggereert door het gebruik van het woord 'tevens' dat het begrip 'ernstige gevolgen voor het algemeen belang' ruimer is dan het begrip 'dwingende redenen van algemeen belang' uit de Dienstenrichtlijn. Ook uit andere stukken uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de regering dit zo ziet. In de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer schrijft de regering: 'de belangen die onder het begrip "dwingende redenen van algemeen belang" vallen – zoals openbare orde en veiligheid, volksgezondheid en milieu – komen overeen met het algemeen belang als bedoeld in art. 4:20f Awb.'⁵¹ Kortom: de Awb-bepaling (art. 4:20f) dekt geheel het

Europeesrechtelijke begrip.

Echter, even daarboven, op dezelfde pagina stelde de regering: 'Het begrip algemeen belang zoals gehanteerd in art. 4:20f Awb heeft een eigenstandige, nationaalrechtelijke betekenis en is niet gelijk aan het Europeesrechtelijke begrip "dwingende redenen van algemeen belang, met inbegrip van het rechtmatige belang van een derde partij" (...)' Als het klopt dat de begrippen niet identiek aan elkaar zijn, maar het begrip in de Awb wel het gehele Europeesrechtelijke begrip 'algemeen belang' dekt, dan moet het wel zo zijn dat het Awb-begrip ruimer is dan het Europeesrechtelijk begrip. In de context van art. 4:20f Awb betekent dit dat de Awb-bepaling méér *uitzonderingen* toelaat dan de Dienstenrichtlijn. Bij het werken met vergunningenstelsels die onder de Dienstenrichtlijn vallen, is het dan wel oppassen geblazen. Bij die stelsels is het bestuursorgaan gebonden aan het kader van de richtlijn en de Dienstenwet. Wij herinneren eraan dat in art. 1 van de Dienstenwet het begrip dwingende redenen van algemeen belang wordt gedefinieerd als 'redenen die als zodanig zijn erkend in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen'.⁵² Dit levert een strak kader op. Volgens overweging 41 Dienstenrichtlijn omvat het begrip 'openbare orde': 'de bescherming tegen een werkelijke en voldoende ernstige bedreiging van een fundamenteel belang van de samenleving'. Veel beperkingen die in het Nederlandse recht met een beroep op de openbare orde toelaatbaar worden geacht, lijken niet aanvaardbaar in het licht van de Dienstenrichtlijn. Hessel heeft hier een aantal malen aandacht voor gevraagd. Hij noemt als voorbeeld dat een Duitser die in Nederland een seksinrichting wil beginnen, niet louter geweigerd mag worden op de grond dat

50 MvT Dienstenwet, p. 133.

51 *Kamerstukken I 2008/2009*, 31 579, C, p. 17.

52 Wij laten daar dat het wat ongelukkig is dat in die

definitie een voltooide tijd is gebruikt: alsof de erkenning reeds plaats moet hebben gevonden. Dat zou het begrip onnodig nog enger maken.

hij ooit een onvoorwaardelijke strafrechtelijke veroordeling van meer dan zes maanden heeft gekregen.⁵³

Maar er is een nog basaler probleem met intrekking van een fictief verleende beschikking, als het gaat om vergunningenstelsels die onder de Dienstenrichtlijn (en dus onder de Dienstenwet) vallen. De memorie van toelichting verwijst bij de bespreking van art. 4:20f Awb wel naar het begrip 'dwingende redenen van algemeen belang' uit de Dienstenrichtlijn, maar dat begrip wordt in de Dienstenrichtlijn alleen gehanteerd als grond voor een wetgever om een ander systeem dan de Lex silencio positivo te kiezen (art. 13, vierde lid, Dienstenrichtlijn). Of er ook een grond voor intrekking van een van rechtswege verleende beschikking in gevonden mag worden, staat niet vast. De Dienstenrichtlijn zwijgt over de vraag of en zo ja, op welke gronden, een eenmaal verleende vergunning mag worden ingetrokken.

4. Verhouding met de Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen

Om ervoor te zorgen dat het bestuursorgaan daadwerkelijk de van rechtswege gegeven beschikking bekendmaakt, kan een dwangsom worden verbeurd. Als het bestuursorgaan de van rechtswege verleende beschikking niet overeenkomstig art. 4:20c Awb binnen twee weken heeft bekendgemaakt, en de aanvrager het bestuursorgaan daarvoor in gebreke stelt, verbeurt het bestuursorgaan de dwangsom vanaf de dag dat twee weken zijn verstreken na de ingebrekestelling (art. 4:20d, eerste lid, Awb). Voor de berekening van de dwangsom verwijst het tweede lid van art. 4:20d Awb naar art. 4:17 Awb. Op het eerste gezicht kan dit verwarring wekken, omdat art. 4:17 Awb deel

uitmaakt van par. 4.1.3.2 Awb (de paragraaf over de dwangsom bij niet tijdig beslissen), en art. 4:20a, tweede lid, Awb bepaalt dat die paragraaf niet van toepassing is als de regeling over de Lex silencio positivo geldt. Het is overigens niet vreemd dat de paragraaf over de dwangsom bij niet tijdig beslissen niet van toepassing is als voor een vergunningstelsel de Lex silencio positivo geldt. Als de Lex silencio positivo van toepassing is, komt immers een primair besluit tot stand, waardoor het verbeuren van een dwangsom wegens het niet tijdig beslissen op een aanvraag achterwege kan blijven.⁵⁴ Het is goed dat de regeling over de Lex silencio positivo uitdrukkelijk vaststelt dat dan niet ook de regeling voor de dwangsom bij niet tijdig beslissen geldt. Het bestuursorgaan hoeft immers niet meer te beslissen, sterker nog, het mag dat zelfs niet meer. De dwangsom waar in het geval van de van rechtswege verleende beschikking sprake van is, heeft geen betrekking op het niet tijdig beslissen, maar op het niet tijdig bekendmaken van de (van rechtswege verleende) beschikking. De verwijzing naar de dwangsom bij niet tijdig beslissen vindt haar achtergrond erin dat de systematiek van in gebreke stellen, het verbeurd raken en het vaststellen van de dwangsom dezelfde is als wanneer geen positieve beschikking van rechtswege ontstaat. Op grond van art. 4:18 Awb is het het bestuursorgaan dat de verschuldigdheid en de hoogte van de dwangsom zelf vaststelt.

Een andere mogelijkheid om bekendmaking van een van rechtswege gegeven beschikking af te dwingen, is afdeling 8.2.4A Awb. Art. 8:55f, eerste lid, Awb regelt dat belanghebbenden tegen het niet tijdig bekendmaken van een van rechtswege gegeven beschikking beroep bij de rechtbank kunnen instellen. Uit art. 6:12,

53 Hessel 2007, p. 197-203, p. 200. Hij verwijst ook naar Hanneke Luijendijk, 'Gemeenten en de regels van het vrije personenverkeer', *Gst.* 2006, p. 28. Zie verder

B. Hessel, 'De Dienstenrichtlijn en de decentrale overheden', in: Hessel, Pertont en Schiebroek 2009.

54 Zie *Kamerstukken I* 2008/2009, 31 579, nr. C, p. 23.

tweede lid, Awb blijkt overigens dat dit pas mogelijk is nadat twee weken zijn verstreken na het moment dat de belanghebbende het bestuursorgaan in gebreke heeft gesteld.

Geen bezwaarschriftprocedure?

Als gezegd opent art. 8:55f Awb de mogelijkheid dat beroep bij de bestuursrechter wordt ingesteld. Als een wet het recht toekent om beroep bij een bestuursrechter in te stellen, dient eerst een Awb-bezwaarprocedure te worden gevolgd, zo luidt de hoofdregel van art. 7:1 Awb. In gevallen dat een besluit niet tijdig is bekendgemaakt, zou het vreemd zijn als eerst bezwaar gemaakt zou moeten worden bij het bestuursorgaan dat in gebreke is. Dat zou in ieder geval niet een erg efficiënte weg zijn en waarschijnlijk ook niet het meest effectief. Blijkens de memorie van toelichting bij art. 8:55f Awb is het dan ook de bedoeling dat bij niet tijdig bekendmaken de bezwaarschriftprocedure wordt overgeslagen (net als bij beroep tegen niet tijdig besluiten, zie art. 7:1, eerste lid, aanhef en sub e, Awb). De in de toelichting gevolgde redenering is: afdeling 8.2.4A Awb is van overeenkomstige toepassing; als afdeling 8.2.4A Awb van toepassing is, wordt de bezwaarschriftprocedure overgeslagen. 'Dit volgt uit art. 7:1, eerste lid, aanhef en onder e Awb', zo schrijft de toelichting.⁵⁵ Hier is volgens ons echter wetstechnisch toch iets misgegaan. Art. 7:1 Awb maakt in het eerste lid onder e namelijk alleen een uitzondering op de plicht eerst bezwaar te maken voor het geval 'het beroep zich richt tegen het niet tijdig nemen van het besluit'. Geen woord over het niet tijdig *bekendmaken* van een van rechtswege ontstaan besluit. Dit lijkt ons een weeffout. Men kan wel betogen dat als van rechtswege een positief besluit ontstaat sprake is van een

situatie waarin 'niet tijdig is beslist'. Maar daar richt het in art. 8:55f Awb gegeven rechtsmiddel zich niet op. Wij menen dan ook dat ofwel de tekst van art. 7:1, eerste lid, aanhef en sub e Awb had moeten worden aangepast, of in art. 8:55f Awb bijvoorbeeld het tweede lid als volgt geformuleerd had moeten worden: 'Deze afdeling en art. 7:1, eerste lid, onder e Awb zijn van overeenkomstige toepassing.'

5. Overzicht van vergunningstelsels

In 1984 stelde Van Angeren al dat slechts een gering deel van de beschikkingen in aanmerking komt voor de figuur van de fictieve toestemming.⁵⁶ Latere diverse rapporten en kamerstukken tonen aan dat het aantal vergunningstelsels waarop tot voor kort de Lex silencio positivo werd toegepast, inderdaad klein genoemd mag worden. Zo is in december 2008 een lijst van rijksvergunningen gepresenteerd waarop de Lex silencio positivo buiten de Dienstenrichtlijn om verder wordt ingevoerd. Dit gebeurde naar aanleiding van het kabinetsstandpunt over de invoering van de Lex silencio positivo in Nederland.⁵⁷ Bij het maken van deze lijst heeft het kabinet als maatstaf genomen dat het afschaffen of het omzetten van een vergunningstelsel in algemene regels (eventueel met een meldingsplicht) de voorkeur heeft boven het in stand houden van het stelsel en invoeren van de Lex silencio positivo daarop. Wanneer een vergunningstelsel behouden bleef, moest het maatschappelijk risico niet te groot zijn om de Lex silencio positivo op het betreffende vergunningstelsel in te voeren. Daarnaast konden in bepaalde gevallen ook 'juridisch-technische redenen' in de weg staan om de Lex silencio positivo in te voeren. Te denken viel aan de

⁵⁵ MvT Dienstenwet, p. 135.

⁵⁶ Van Angeren 1984, p. 400-401. Zie ook Knook 2010, p. 152.

⁵⁷ Kamerstukken II 2007/2008, 29 515, nr. 224 en Kamerstukken II 2008/2009, 29 515, nr. 274.

gevallen waarbij de rechten van derden niet kunnen worden gehandhaafd of het feit dat voorafgaand aan de vergunningverlening complexe belangen moeten worden afgewogen.⁵⁸

Deze juridisch-technische redenen zorgden ervoor dat eind 2008 volgens het kabinet op slechts 55 van de 629 vergunningstelsels de Lex silencio positivo kon worden toegepast.⁵⁹ Vanwege dit geringe aantal heeft Tweede Kamerlid Van Dijk in maart 2009 het kabinet gevraagd deze vergunningstelsels (waarop de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is) nog eens te heroverwegen.⁶⁰ Bij deze heroverweging werd wederom gekeken of een vergunningstelsel niet kon worden afgeschaft of worden omgezet in algemene regels. Bleef een stelsel bestaan, dan kon de Lex silencio positivo worden ingevoerd wanneer toepassing daarvan een niet te groot maatschappelijk risico vormt. Daarnaast waren er opnieuw juridisch-technische redenen die in bepaalde gevallen ertoe leidden dat de Lex silencio positivo niet kon worden ingevoerd.

De mogelijkheid om een juridisch-technische reden aan te voeren werd bij de heroverweging echter beperkter. Enkel het volgen van een uitgebreide voorbereidingsprocedure of strijdigheid met Europese en internationale regelgeving of verdragen behoorden nog tot de juridisch-technische redenen om de Lex silencio positivo in bepaalde gevallen niet in te voeren.⁶¹ Mede hierdoor was het eindresultaat van alle onderzoeken dat sinds juli 2009 op 90 van de rijksvergunningstelsels die buiten de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn vallen, de Lex silencio positivo kan worden toegepast.⁶² Om daadwerkelijke toepassing van de Lex silencio positivo bij deze vergunningstelsels te realiseren, moet op grond van art. 4:20a, eerste lid, Awb par. 4.1.3.3 Awb van toepassing worden verklaard. Een groot deel van die aanpassing vindt plaats door middel van het wetsvoorstel 'Verzamelwet van rechtswege verleende vergunning', dat eind juli 2010 bij de Tweede Kamer is ingediend.⁶³ Vooral de memorie van toelichting van dit wetsvoorstel is interessant,

58 Men onderscheidt juridisch-technische criteria van o.a. maatschappelijke (c.q. bestuurlijk/politieke) criteria. Bij de juridisch-technische beletselen om een Lex silencio positivo in te voeren gaat het om juridische bezwaren (bijv.: de betreffende juridische voorschriften schrijven voor dat bepaalde procedurele stappen zijn afgerond voordat tot verlening van een vergunning kan worden overgegaan), bij maatschappelijke beletselen gaat het om zaken als gevaar voor gezondheid, veiligheid of schade, zonder dat sprake is van concrete juridische beletselen. Andere 'juridisch-technische' criteria die werden genoemd, waren schaarste van vergunningen, belemmeringen op grond van EU-richtlijnen of andere internationale verdragen, een voorafgaande feitenvaststelling, de waarborg van rechten en plichten en de noodzakelijkheid van een fysiek document (*Kamerstukken II* 2008/09, 29 515, nr. 274).

59 Bij tien van de onderzochte stelsels was de conclusie dat het vergunningstelsel door algemene regels kon worden vervangen. *Kamerstukken II* 2008/2009, 29

515, nr. 274, p. 8 en *Toepasbaarheid van Lex silencio (positivo)* (Advies van 2 oktober 2008), Den Haag: B&A Groep 2008, p. 13 en 26.

60 *Kamerstukken II* 2008/2009, 31 579, nr. 18.

61 *Kamerstukken II* 2008/2009, 29 515, nr. 293, p. 3.

62 Voor het onderzoek van de B&A Groep had het Rijk al besloten om op 21 rijksvergunningstelsels de Lex silencio positivo toe te passen. Na het onderzoek kwamen daar 24 rijksvergunningstelsels bij en na de heroverweging in juli 2009 naar aanleiding van de motie Van Dijk c.s. nog eens 45 stelsels. Zie *Kamerstukken II* 2008/2009, 29 515, nr. 274, p. 6, 11 en 12 en *Kamerstukken II* 2008/2009, 29 515, nr. 293, p. 3.

In deze Kamerstukken of de bijbehorende bijlagen kunnen voorbeelden van rijksvergunningstelsels worden gevonden waarop de Lex silencio positivo wel en niet wordt toegepast.

63 *Kamerstukken II* 2009/2010, 32 454, nr. 2 en 3.

Zie ook *Kamerstukken II* 2008/2009, 29 515, nr. 293, p. 3 en nr. 274, p. 7.

omdat hierin duidelijk wordt aangegeven wat de redenen zijn om de Lex silencio positivo in te voeren. Hierbij valt op dat in het wetsvoorstel voornamelijk vergunningstelsels staan waarbij de beslistermijn vaak al werd gehaald. Dit is geruststellend te noemen, maar is logischerwijs ook een reden waarom de wetgever invoering van de Lex silencio positivo op deze stelsels niet problematisch vindt. De Raad van State concludeerde naar aanleiding van dit wetsvoorstel daarnaast dat het aantal aanvragen in verschillende van deze stelsels laag is. De Raad van State vraagt zich daarom terecht af wat dan nog de betekenis en de toegevoegde waarde van de invoering van de Lex silencio positivo op deze vergunningstelsels zijn. Voor burgers en bedrijven zal de invoering van de Lex silencio positivo op deze manier weinig voordeel opleveren, aldus de Raad van State.⁶⁴

Het veronderstelde succes van de Lex silencio positivo werd van verschillende zijden al eerder aangekaart. Diverse auteurs en de Algemene Rekenkamer stelden zich op het standpunt dat het slagen van de Lex silencio positivo tevens van andere factoren afhankelijk is. Zijn de beslistermijnen bijvoorbeeld wel reëel genoeg en niet te kort? Bovendien is niet elke vergunningaanvraag hetzelfde en spelen orga-

nisatorische processen, zoals de inrichting van de werkprocessen en ICT, een rol.⁶⁵

Nu ongeveer duidelijk is op hoeveel rijksvergunningstelsels de Lex silencio positivo buiten de Dienstenrichtlijn om kan worden ingevoerd, zou het ook mooi zijn om te weten op welke decentrale vergunningstelsels dit mogelijk is. Gezien de autonome vrijheid van decentrale overheden is het helaas lastig hiervan een totaaloverzicht te geven.⁶⁶

Een redelijk overzicht kan wel worden gevonden voor decentrale vergunningstelsels waarop de Dienstenrichtlijn wel van toepassing is. De eerder genoemde 'Regeling indicatieve vaststelling reikwijdte Dienstenwet' geeft namelijk aan welke vergunningstelsels van het Rijk en decentrale overheden onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn vallen.⁶⁷ Hierop moet in principe⁶⁸ de Lex silencio positivo van toepassing zijn. Een dwingende reden van algemeen belang kan aan de toepassing van de Lex silencio positivo in de weg staan, maar het is primair aan de (de)centrale wetgever om te bepalen of dat zo is. Hierdoor is het genoemde overzicht niet beslissend voor het uiteindelijk wel of niet invoeren van de Lex silencio positivo (nog daargelaten of het compleet is). Voor

64 *Kamerstukken II* 2009/2010, 32 454, nr. 4, p. 2-3. Hoewel de memorie van toelichting van dit wetsvoorstel niet ingaat op het aantal aanvragen per vergunningstelsel heeft de Raad van State dit wel kunnen afleiden uit het onderzoek van de B&A Groep van oktober 2008. Zie ook Advies van de Raad van State nr. W03.100100/II.

65 F.G.M. de Laat, 'Die dekselse termijnen! Door goedbedoelde initiatieven komt bezwaarmaker van de regen in de drup', *Gst.* 2005, 7238, p. 570-571; Saris 2008, p. 147; Ten Veen 2006, p. 64; Advies van de Raad van State nr. W03.04.0616/I en nr. W10.07.0117/II en *Kamerstukken II* 2003/2004, 29 495, nr.1 - 2.

66 Enigszins kan een beeld worden verschaft door het onderzoek van een pionierwerkgroep. Zie het rapport 'Lex Silencio Positivo. Mogelijkheden voor toe-

passing bij gemeentelijke vergunningen en onthefingen', opgesteld door de Werkgroep Lex silencio van de Pioniergemeenten in samenwerking met de Regiegroep regeldruk en Senter Novem en is uitgegeven door 'Minder Regels Meer Service'. 'Minder Regels Meer Service' is een project van de ministeries van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Economische Zaken, Financiën en Justitie en de Vereniging van Nederlandse Gemeenten.

67 Regeling nr. WJZ/9216044 (*Stcrt.* 2010, 2290).

68 Tenzij 'dwingende redenen van algemeen belang' voor de wetgever aanleiding vormen om te kiezen voor afwijking van de hoofdregel dat de Lex silencio positivo van toepassing is (art. 13, vierde lid, Dienstenrichtlijn).

gemeenten geven de modelverordeningen van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG) desondanks een redelijk inzicht. Bovendien staat in de toelichting bij deze modelverordeningen een motivering waarom de opstellers van oordeel zijn dat de Lex silencio positivo niet kan worden toegepast. Opvallend daarbij is dat het begrip openbare orde vaak als dwingende reden van algemeen belang wordt genoemd. Zoals in par. 3.3 van dit artikel al werd besproken, is het de vraag – juist waar het begrip ‘openbare orde’ wordt opgevoerd als reden om een uitzondering te maken – of deze motivering gezien de Europese uitleg van het begrip ‘dwingende redenen van algemeen belang’ wel stand houdt.⁶⁹

Voor het Rijk geeft het ‘Tijdelijk Besluit Lex silencio positivo’ een overzicht van rijksvergunningstelsels waarop de Dienstenrichtlijn van toepassing is en de Lex silencio positivo (bijvoorbeeld) wegens een dwingende reden van algemeen belang is uitgesloten. Tevens blijkt uit dit besluit dat de Lex silencio positivo op maar 23 van de 164 rijksvergunningstelsels die onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn vallen, van toepassing is verklaard.⁷⁰

6. Toekomst

Als gevolg van de Dienstenrichtlijn wordt de Lex silencio positivo in alle lidstaten ingevoerd. Nederland heeft de richtlijn vooral aangegrepen om de van rechtswege verleende vergunning breder in te voeren. Of voor een vergunningaanvraag de Lex silencio positivo wel of niet geldt, is echter niet altijd even duidelijk. Duidelijkheid bestaat er in beginsel als de wet-

telijke regeling waarop de aanvraag is gebaseerd een expliciete bepaling terzake bevat. Ontbreekt een dergelijke uitdrukkelijke bepaling, dan bestaat een probleem in gevallen waarin niet zeker is of de Dienstenwet van toepassing is. Want bij het zwijgen van de wet is het antwoord op de vraag of de Dienstenwet van toepassing is, doorslaggevend. Daarbij moet nog bedacht worden dat het mogelijk is dat de wetgever die voor een bepaald vergunningstelsel heeft willen kiezen voor het algemene Awb-stelsel (geen Lex silencio positivo) zich niet heeft gerealiseerd dat de Dienstenwet van toepassing is.

Wel vormt de ontvangstbevestiging voor de aanvrager van een vergunning die onder de Dienstenwet valt een aanwijzing. Op grond van art. 29 Dienstenwet dient de ontvangstbevestiging namelijk te vermelden dat als par. 4.1.3.3 Awb op het vergunningstelsel is toegepast, de vergunning van rechtswege wordt verleend indien niet tijdig op de aanvraag wordt beslist.

De toekomst zal dus antwoord moeten geven op de vele vragen die er nog rond dit leerstuk van de Lex silencio positivo zijn. In ieder geval is zeker dat er zowel op nationaal niveau als op Europees niveau jurisprudentie zal ontstaan over de vraag zoals die hierboven is geschetst, namelijk of het vergunningstelsel wel onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn valt. Volgens Jacobs zal deze vraag vaak de aanleiding zijn voor geschillen waarbij het gaat om het vraagstuk of in casu art. 28 Dienstenwet wel of niet is toegepast en of de vergunning van rechtswege is verkregen. Voor vergunningstelsels die onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn vallen, is de Lex silencio positivo immers altijd en

69 Zie ledenbrieven VNG van 4 september 2009 (Lbr. 09/104) en 4 november 2009 (Lbr. 09/123). Opgemerkt moet worden dat de modelverordeningen voorbeelden zijn die niet letterlijk door gemeenten hoeven te worden overgenomen. Modelverordeningen waarin wel een toepassing van de Lex silencio positivo plaatsvindt, zijn de Huisvestingsverordening

en de APV (straatartiest en organisatie snuffelmarkt). Zie voor een volledig overzicht van modelverordeningen die wel en niet onder de Dienstenrichtlijn vallen ook: <http://www.vng.nl/smartsite.dws?id=86227>.

70 *Stb.* 2009, 571. Het besluit is het resultaat van de overgangsregeling van art. 66 Dienstenwet.

automatisch van toepassing (tenzij...).⁷¹ Tot slot zullen er ongetwijfeld discussies komen over de vraag of terecht een dwingende reden van algemeen belang is ingeroepen en of daar een juiste uitleg aan is gegeven.

Waar het natuurlijk uiteindelijk om draait, is dat vaker tijdig, binnen de beslistermijn wordt beslist op aanvragen van vergunningen. Op zich is dit een mooi streven van de Lex silencio positivo. Het stelsel van de Lex silencio positivo heeft echter nauwelijks toegevoegde waarde wanneer de Lex silencio positivo wordt toegepast bij vergunningstelsels waarbij de beslistermijn voor het gebruik van de Lex silencio positivo normaliter ook al ruim werd gehaald. De regeling betreffende de Lex silencio positivo moet juist een middel zijn om bestuursorganen te dwingen sneller te beslissen daar waar zij dat normaliter niet doen. Waar in ieder geval voor gewaakt moet worden, is dat er een cultuur gaat ontstaan waarbij vergunningaanvragen

bij voorbaat en zonder verdere inhoudelijke beoordeling worden geweigerd.⁷²

Een evaluatie van de werking van de Lex silencio positivo is daarom van groot belang. Tijdens een Algemeen Overleg in de Tweede Kamer in september 2009 is aangegeven dat een eerste evaluatierapport voor 2012/2013 kan worden verwacht. Deze rapportage zou meer inzicht kunnen geven in de gevallen wanneer een vergunning van rechtswege is verleend, in welke gevallen er geen gebruik is gemaakt van de mogelijkheden om tegen deze beschikking op te komen en of er eventuele schade door de van rechtswege verleende vergunning is ontstaan.⁷³ Naar aanleiding van deze evaluatie is het mogelijk dat de regeling inzake de Lex silencio positivo in de Awb wordt aangepast. Hoe het ook zij, één ding zal aan de regeling altijd hetzelfde blijven: wanneer in alle talen door het bestuursorgaan wordt gezwegen, is de vergunning door de aanvrager verkregen.

71 Jacobs (*TvC*) 2010, p. 82, 83 en 86 en Jacobs 2010, p. 638.

72 De Laat 2005, p. 571; Jacobs 2010, p. 629.

73 *Kamerstukken II* 2009/2010, 31 579, nr. 24, p. 24. Zie ook *Kamerstukken I* 2008/2009, 31 579, nr. C, p. 25.